

## スイス違憲審査制成立史・序説

小林 武

### はしがき

#### 一 前史における諸構想とその評価

##### 1 「ヘルヴェティア共和国」期の動向

##### 2 「新生」の時代における制度の準備

#### 二 一八四八年憲法における制度とその後論議

#### 三 一八七四年全面改正憲法によるスイス違憲審査制の成立

#### むすびにかえて

### はしがき

違憲立法審査制は、今日では世界の立憲主義国家に遍く行きわたったものとなっているが、この現象は、周知のごとく第二次大戦後にみられるところであり、それ以前は、とりわけ大陸法系諸国においてはむしろ例外的に採用

されるにとどまっていた。一九世紀初めに、各国に先駆けて司法審査制の確立が認められるのはアメリカ合衆国においてであり、よく知られているとおり、一八〇三年のマーベリー対マディソン事件における連邦最高裁判所の判決以降、判例法上成立をみるのである。スイスは、一九世紀半ばに近代連邦制国家に移行するが、この一八四八年憲法、より確実に見積るなら一八七四年の改正憲法に、憲法裁判制度が導入されている。つまり、一九世紀半ばで、それまでアメリカ合衆国にしかなかった制度が、ヨーロッパ大陸で、例外的にスイス連邦において採用されたといえる。

こうした歴史を背景として、大陸法系に属するスイスにおいて制度化された憲法裁判権 (Verfassungsgerichtsbarkeit) —— 「国法訴訟」 (Staatsrechtliche Beschwerde) と呼ばれる憲法訴訟 (Verfassungsbeschwerde) を中心とする—— は、アメリカの強い影響を受けたものとなった。とりわけ、それは、通常の司法裁判所がこの機能を行使する点において明瞭にみられ、のちに成立した大陸型の違憲審査制が一般に採る「集中型」<sup>①</sup>とは異なった、「非集中型」の審査制となっている。同時に、スイスの制度は、大陸、とくにドイツ・オーストリア型の憲法裁判制度と通有の特徴も具えており、おのずと折衷的タイプをなしている。そして、今日、アメリカ型・大陸型の二つの違憲審査制が合一化する傾向が進む状況下で、こうした中間に位置する違憲審査制類型である「スイス型」<sup>②</sup>への考察は、その必要性をますます強めているといえる。

そこで、スイス違憲審査制について、その成立と展開の過程におけるアメリカ憲法思想の影響、ないし英米系・大陸系の両法思想の交錯を論究することを手がけようと思う。そうした展望をもちつつ、そのために、さしあたって、本稿では、スイス違憲審査制成立史の序説的検討を試みることにしたい。

## 一 前史における諸構想とその評価

### 1 「ヘルヴェティア共和国」期の動向

(一) スイスにおける違憲立法審査制成立の前史をなす最初の動向は、「ヘルヴェティア共和国」の時期（二七九八年―一八〇三年）に見出される。

スイス国制（Verfassung）史の叙述は、<sup>(3)</sup>一三世紀の「誓約者同盟」（Eidgenossenschaft）の形成の時から始められるが、この、スイス中東部の森林地帯の「原初諸邦」（Urkantone）により締結された「永久同盟」（Ewiger Bund）は、加盟各邦内部での・および外部からの武力行使に対する相互援助、各邦間の紛争の相互的仲裁・調停による解決などを主な内容とするものであるが、それは、神聖ローマ帝国内になおとどまることを前提にした上で自由と自治の確保のために結ばれた相互援助同盟以上のものではなく、これをもってスイスの真正の独立を語ることはできない。したがってまた、連邦国家の実態からはほど遠く、ゆるやかな国家連合であるにすぎなかった。誓約者同盟には中央政府は存在せず、主権を有する個々の邦（州。Kanton）を代表する使節が邦の命令的委任に拘束されて行動する「同盟会議」（Tagssatzung）が各邦のほとんど唯一の連絡の環であった。誓約者同盟が神聖ローマ帝国から分離するのは、事実上は、一四九九年のいわゆるシュヴァーベン戦争とそれにおけるスイスの勝利下に結ばれたバーゼルの和約によってである。法的にも、一六四八年のウェストファリアの平和条約によってスイスは帝国から離れ、独立が承認された。

一七八九年のフランス革命は、スイスにも深い影響を与えた。当時の誓約者同盟は、なお、植民地的存在である支配地や従属邦を含む古い体制のままであったし、また、各邦内部でも専制的寡頭支配が続いていて、そうした旧態が、自由・平等をかかげるフランス革命の波に洗われることは必至であった。一七九八年、フランス軍は、体制変革をめざすスイス人の支持を得てスイスに侵攻し、この侵攻によってそれまでの誓約者同盟、つまり旧誓約者同盟は崩壊した。同年四月一二日、フランスは、第一次ヘルヴェティア共和国憲法をスイス各邦の代表者に承認させ、ここに「ヘルヴェテ

「イア共和国」(Helvetische Republik)が成立した。この憲法は、フランスをモデルにして、スイスを単一国家に変えるものであった。一八〇二年五月二五日には、第二次ヘルヴェティア憲法が公布され、それは、邦の自律権に大幅に譲歩したものであったが、統一国家原理はなお強く維持されていた。このあと、さらに三つの憲法が試みられたが、いずれも実効性をもたないものであった。

この「単一の・分割されえないヘルヴェティア共和国」は、フランスの支配的影響下に実現がはかれたものであるが、憲法裁判権についても、フランス、とりわけシェイエス(Emanuel Joseph Sieyès)の思想の強い影響の下に、その導入が論議された。シェイエスの構想は、陪審裁判所を設けて、国家権力の最高の担当者たる議会が憲法を遵守するようにこれに監視させ、そのようにして諸権力の間の均衡を図ろうとするものであった。

この期のいくつかの憲法草案は、これを強く反映しており、そのうちの典型的なひとつは、「憲法の番をする陪審(Geschworene)」の規定を置いて、四〇歳以上の、一定の官庁の構成員ないし一定の官職の就任者であるか、またはあった者から議員の提案にもとづいて選任される陪審員が、議会の行為の憲法侵害の有無を審査し、違憲の行為は無効とする旨定めていた。また、別の草案は、憲法擁護のための監視の役割を担う「擁護評議会」(Erhaltungssenat)が、立法議会、行政府たる参事会(Regierungsrat)および破棄裁判所(Kassationsgericht)の行為について審査して違憲が判明したときには取消す、という制度を設けていた。ただ、これらの構想は、「ヘルヴェティア共和国」自体がわずか数年で終焉を告げたため、実質的に制度として運用されることはなかった。<sup>(4)</sup>

こうした「陪審」や「擁護評議会」の構想は、また、一般に「憲法裁判所」(Verfassungsgerichtshof)の名で呼ばれているが、それらは、のちにスイス連邦憲法に導入された憲法裁判権(Verfassungsgewissbarkeit)の直接的先駆者とみなされうるものではなかった。<sup>(5)</sup>すなわち、前者は、最高の権力把持者たる議会に優位する新しい機能を営むものとして構想されたものであって、それゆえ権力分立原理の一創造物であるのに対して、後者は、個人の憲法上

の権利の保障に仕えることを制度理念とするのである。

(二) その後の四半世紀余は、いわゆる「調停条約期」と「復古」の時代の二つの時期より成る。その要点は、次のごとくである。

すなわち、「ヘルヴェチヤ共和国」は、中央集権的で、スイスが歴史的に形成してきた体制とは相容れないものであったが、同時に、フランス革命の近代的憲法原理をスイスに導入するという、巨大な功績をも残した。しかし、何よりも、外国による支配の装置であったため、激しい反対運動が発生し、一八〇二年に、フランス軍が突如引き揚げるや、スイスは無政府状態に陥った。その後、スイスは、ナポレオン・ボナパルトがスイス各邦の代表との間で結んだ「調停条約」(Médiationsakte, Vermittlungsakte) にもとづいて、強大な集権的性格をもつ知事制をスイスに与え、この知事(Landammann) を掌握してスイスを実質的にコントロールする体制に転じ、また同盟会議(Legatsung) も復活する。「調停条約期」(一八〇三年—一八一五年) と名付けられる時代である。

さらに、ナポレオンの没後、全ヨーロッパ的にフランス革命への復古が生じた中で、スイスについては、ウィーン会議での合意によって、フランスの保護国となっていた状態を抜け出して独立と永世中立が承認され、一八一五年、各邦の間で「同盟協約」(Bundesvertrag) が締結された。これは、主権国家たる邦間の条約としての性格をもち、スイスの国制と政治は大きく旧状に復した。「復古」(Restauration) の時代(一八一五年—一八三〇年) と呼ばれる。

この間には、憲法裁判権にかんしてとりたてた前進はみられない。右の「調停条約」はもちろん、「同盟協約」も、基本権ないし自由権の保障を何ら定めず、したがってまた国家権力から個人を保護する制度を設けていなかった。

## 2 「新生」の時代における制度の準備

(一) 現行の連邦裁判所による憲法裁判権の冒頭の章は、「新生」(Regeneration) の時代(一八三〇年—一八四八年)

に始まるとされる。<sup>(6)</sup>

この時代、一八三〇年のフランス七月革命のインパクトを受けて、「復古」期には抑えられていた自由主義の潮流が一挙に歴史の表層に出、多くの邦で自由主義的・民主主義的憲法への革新が進行した。「新生」邦と呼ばれたそれらの諸邦からは、同盟協約を改定して強力な連邦権力の実現、統一的税領域の創出、経済に対する必要な制限の撤廃、全スイスにおける自由権の保障などの主張が出された。

こうした状況下で、個人の権利の保障を理念とする憲法裁判権の構想が、法治国家の建設を内容とした連邦権力の強化、したがつて常設の連邦裁判機関の確立という方針と相俟って出されはじめたのである。

まず、一八三一年に提示されたカシミール・プフィファー (Kasimir Pfiffer) の連邦憲法草案には、次のような強力な連邦裁判所構想が含まれていた。<sup>(7)</sup> すなわち、それは、民事および刑事事件の控訴および破棄にかんする最高審級としての機能と並んで、邦憲法の侵害を理由として邦官庁に対してする個人の訴願 (Beschwerde) の裁判 (Beurteilung) のための一つの国事裁判所 (Staatsgerichtshof) としての権限を委ねられた連邦裁判所を創出することを提案したものであり、のちの構想に大きなインパクトを与えた。

また、同じ一八三一年の同盟会議は、誓約者同盟の法秩序の革新を緊急の一課題であると認識し、翌三二年には、同盟協約の改正にたずさわる委員会を設置したが、その年、同委員会の委員長ペレグリーノ・ロッシ (Pellegrino Rossi) が、連邦裁判所 (cour de justice fédérale) にかんする詳細な規定を含む連邦憲法草案を提出した。<sup>(8)</sup> それによれば、連邦裁判所は、民事裁判所として、取引の自由・消費税・相続税・拘禁および破産・居住の自由・市民権等々にかんする邦間の争いについて、一邦が他邦によって連邦法または邦間の協約 (Konkordatsrecht) が侵害されていることを、この他邦またはその官庁に対して主張したとき、これを裁判することになるが、その際、邦は、他邦の官庁が自邦民の権利を侵害している場合にも、自邦民のために、この他邦に対して訴えを提起しうる、とされ

ていた。そして、個人は、自己の本籍邦 (Heimatkanton) によるこうした救助的介入を用いる代りに、自己の権利に対する右と同じ侵害に対して、自ら当該邦の裁判所に訴えることができ、さらに、邦の審級順序 (Instanzenzug) を尽した後に、連邦裁判所への訴願 (Rekurs) の途が開かれる。このような仕方では、とりわけ、取引および居住の自由といった個人の憲法上の権利の侵害を理由として訴願を提起する権利が——もつとも、その訴願は、他の邦の官庁に対してだけで、自己の本籍邦の官庁に対してはできないのであるが——認容されたのである。つまり、この提案は、《権利拒絶 (Rechtsverweigerung) を理由とする・邦官庁に対する・連邦裁判所への・個人による訴願》という形の制度を予定していたのであるが、ただ、そこにおいては、連邦裁判所が個人の訴えを審理するのは、連邦政府の付託がある場合に限られていた。

ロツシによる個人の訴願の構想は、このように制限付きのものであったが、それでも受け容れられず、本質的な変容を余儀なくされた。その結果、一八三二年二月一五日の改正委員会草案では、一〇二条の中にわずかにその残滓が認められるのみである。すなわち、「すべての邦政庁は、私人 (Privatpersonen) および団体 (Korporationen) の利益において、他の邦の政庁に対して、連邦法上の権利の拒絶または侵害を理由として、連邦裁判所に訴えを提起することができる」というものである。これについては、改正委員会が、国民の賛同をなお得ていない全く新規の制度を広範な形で採用することを望まなかったがためであるとされる<sup>(9)</sup>。ただ、憲法草案が、市民が自邦の政庁による権利侵害からの保護を連邦裁判所に求める制度を排除したことは、様々に、とりわけ急進的立場からの強い批判を受けた。そして、諸邦の中でも、たとえば、アールガウ邦では、一八三二年の憲法草案の審議のために大評議会 (Grosser Rat) によって設置された委員会は、連邦裁判所は権利侵害を理由とする・邦の最高執行機関に対する訴願を審理する裁判所として構成されるべきである、との提案を行ない、また、チューリッヒ邦の同様の委員会でも、その少数派が、連邦裁判所の権限を、連邦法上の権利の拒絶もしくは侵害を理由として、私人によって

も提訴されうるところにまで拡大すべきであると提案する、などの例がみられた。

しかし、こうした個人の保護のための憲法裁判権の創設をいう主張は、極めて少数であつて、こうした努力が同盟会議で強力な支持を見出した事実は存在しない。そのため、一八三三年三月一日の、新たに推敲された憲法案においても、個人訴願 (Individualbeschwerde) を扱うための連邦裁判所の広範な権限は何ら採り入れられず、むしろ、九七条の中で、次のようにより控え目な形で規定されていた。すなわち、邦は、他邦の政庁による自邦の邦民の連邦法上の権利の拒絶または侵害について、自邦邦民の利益を援用して連邦裁判所に提訴することができる、とするものであり、個人が自邦の政庁によつて被つた権利侵害に対して連邦裁判所に出訴することは否定された。これは、国家的措置に対する裁判的保障が、実際には最も必要とされるところで存在しないことを告白したものであり、憲法裁判権は無意味なものへと沈下した、とされる<sup>(1)</sup>。

さらに、一八三七年には、ジェームス・ファジー (James Fazy) が、連邦改革の探求の一環として、プファイアールロツシと同じく、連邦裁判所が連邦憲法および邦憲法の侵害を理由とする個人の訴えを裁定するという意味での憲法裁判権の提唱を含む憲法草案を起草したが、これも結実しないままに終つた<sup>(2)</sup>。

(二) 連邦結成への動きは、また憲法裁判権創設への流れも、こうして一頓挫するが、その後、次のような展開がみられる。

同盟協約改正の不成功は、自由主義の前進を阻むものであつたが、同時に、急進派の抬頭を生み出し、またこれに対するカトリックを中心とした保守派からの反攻も強まって、それら諸邦と「新生」諸邦との間の緊張が日ましに大きくなつていった。そして、遂に、一八四五年、カトリック＝保守七邦が、革命の進展を阻止するために相互支持を確約し、一個の共同軍事協議会を置く「分離同盟」(Sonderbund) を結成し、四七年一月、同盟会議に拠るその他の邦との間に「分離同盟戦争」(Sonderbundkrieg) と呼ばれる内戦が勃発した。この戦争は、四週間足らずのうちに同盟会



議側の勝利で幕を閉じ、分離同盟は解体された。

また、これを合図とするかのように、一八四八年には、フランスの二月革命をはじめとする革命が全ヨーロッパで勝利した。分離同盟戦争に藉口してスイスへの介入を企図していた列強の反動派の政府は倒され、その結果、スイス誓約者同盟の同盟会議は、外国からの干渉に煩わされることなく、新しい国制の設立のために働くことができるようになり、連邦憲法制定への環境が整った。

憲法裁判権の構想も、再び公にされ、一八四八年連邦憲法へと結実していくが、項を改めて述べよう。

## 二 一八四八年憲法における制度とその後の論議

(一) 憲法裁判は、スイスに連邦国家をもたらした一八四八年の連邦憲法において制度化をみるが、それは、なお不十分なものとどまっている。それに至る描写に先立ち、憲法制定への粗筋を記しておこう。

分離同盟戦争の終結によって、スイス誓約者同盟を統一国家へと革新する途が開かれ、この内戦に勝利をおさめた自由主義急進派は、連邦憲法制定作業に進み出し、同盟会議の中に再び改正委員会が設けられた。この委員会の草案は、一八四八年春の同盟会議において審議され、六月二七日に同盟会議の憲法案として決定されるに至り、各邦での住民投票に付されることになった。八月の住民投票の結果、一五邦と一つの半邦がこれに賛成し、六邦と一つの半邦がこれに反対したが、後者のうち三邦と一つの半邦は、多数決に従うことを表明していた。これを受けて、九月二日、同盟会議は、連邦憲法の採択を宣言し、それは、一月六日に発効した。この憲法は、右の採択の日付をもって、「一八四八年九月一二日のスイス誓約者同盟の連邦憲法」(Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. September 1848)と呼ばれている。中世以来の歴史をもつ「同盟会議」は、九月二日に廃止された。

こうした過程の中で、憲法裁判制をめぐる動向は、やや曲折した経緯を示している。まず、右掲の一八四八年春

の同盟會議に提出された改正委員會草案は、市民の憲法上の權利の保障と自由權のカタログを具えたものではあったが、憲法裁判權にかんしては、一八三三年の草案から何ら著変がみられず、「新生」の時代を表現するプフィフアー、ロッシ、ファジーなどの構想を採用したものではなかった。<sup>(13)</sup>改正委員會の審議の中では、個人訴願の導入が一再ならず提唱され、たとえば、一委員は、草案の中にスイス人を自邦の政庁と裁判所から保護するいかなる規定も見出しえないのは悲しいことであり、新しく創出されるべき連邦は、邦官庁の恣意的実例を不可能にするため、連邦裁判所に、邦官庁による個人の權利への侵害を取消す權限を付与すべきである、旨述べていた。しかし、こうした趣旨の提案は、いずれも否定された。これを否定した委員會の理由とするところは、右のような提唱を受容するなら、邦の主權を過度に制約することになり、反面、連邦裁判所による個人訴願の審理という大きな保障裝置を設ける必要性は存しない、というにあった。<sup>(14)</sup>

こうした拒否に遭遇したにもかかわらず、憲法裁判權の提案は、この同じ一八四八年の同盟會議において、その後も出された。とりわけ、ジュネーブ邦からの代表は、個人の憲法上の權利を連邦が保護することの不可欠さを印象深く指摘し、しかも、それをもつてするに請願という方法は不適切である、旨論じた。すなわち、市民の權利および自由の明示的擁護に実効的な意味をもたせようとするときには、連邦は、市民を、裁判官の恣意からも裁判拒否からも積極的に保障されなければならないし、また、請願の道へと追放することもあつてはならないとして、「現行の憲法によつて保障されている市民の權利の侵害については、当該訴えが連邦議會によつて連邦裁判所に委託された場合に〔連邦裁判所は、これを裁判する。〕という規定の増補を提案した。<sup>(15)</sup>この提案は、同盟會議で初めて多數を獲得して採択され、二度の読会を経て獨立の条項となった。一八四八年憲法の一〇五条、「連邦裁判所は、さらに、連邦憲法によつて保障された權利の侵害について、それにかんする訴えが連邦議會により連邦裁判所に委託された場合に、これを裁判する。」というのがそれである。<sup>(16)</sup>

そこには、「新生」の時代に提唱された、国家権力に対する個人の保護に仕える憲法裁判権という思想の、最初の暫定的な実現が認められる。しかし、この一八四八年憲法の制度の本質は、指摘されているごとく、次のところにある。すなわち、それは、「新生」期の大衆運動の成果ないしその時代の一個の本質的な「綱領事項」(Programmpunkt)の具体化といったものではない。つまり、いわば序でに設定されただけで、議会に対して何らの波紋を惹起するものではなく、ある意味では偶然に憲法に入り込んだのである。また、それは、若干の邦の提案にもとづき、僅少差で可決されたにすぎない。つまり、この制度は、当時、憲法上の権利の確保の課題が十分に認識され、考究された結果であるとは到底いえないのである。

(二) また、この制度は、連邦の憲法裁判権による邦の統制という「連邦統制」の機能を際立たせており、その意味ですぐれて連邦国家的制度である。この点は、論者によってつとに次のごとくに説かれている。<sup>(18)</sup>

憲法裁判権の採用を求める努力は、国家の恣意から個人の権利および自由を裁判官によって保護しようとする要請を根拠としているから、本来は、一八四八年憲法一〇五条の制度を支える理念は、自由主義への法治国家的志向であるといえる。つまり、司法が他の二つの権力に憲法忠誠 (Verfassungstreue) を要求し、個人の自由をそれらによる憲法侵害から保護する、という意味における権力分立の原理である。しかしながら、一八四八年憲法では、連邦裁判所が憲法上の権利の番人の役割を果たすのは、邦官庁に対してだけであって、連邦機関に対してはこれをしていない。すなわち、ここにおける憲法裁判権導入のための努力は、市民の憲法上の権利を、もっぱら邦に対してのみ連邦裁判所によって保護することに向けられているのである。

このことは、同じ論者に拠るなら、当時、自明の事柄として、個人を、その権利を侵害して脅かすのはもっぱら邦官庁であるとみられていたことによる、とされる。そのため、連邦権力に対する保護の必要性の認識は、当然ながら欠如しており、一八四八年憲法における連邦権力の任務領域は、極めて狭く制限されていた(この点は、今に至

るものも基本的に維持されており、スイス憲法裁判権の一大特徴をなしている。しかも、連邦裁判所は、憲法上の権利を、邦の行政・司法官庁から擁護するものとされ、邦の立法官庁に対して保護することは連邦裁判所の任務から除かれていた。このことは、立法官庁は、国民代表として、「新生」の時代に、自然に他の権力機関よりも広範に市民の信頼を得ていたという事実を支えられている。他方、とくに邦の政庁と裁判所から権利の保護をはからなければならない理由は、行政と司法による個人の恣意的処遇が邦において行なわれてきたという状況に発している。さらに、それは、「復古」の時代における統治権力と裁判権力との混淆の後遺症にも根差したものとされる。

この点、論理上でいえば、憲法裁判権によって、個人の権利の、邦の行政および司法からの保護を確保すべきであるとの要請は、当然に、憲法裁判所は不偏不党の審級、つまり個人と邦の国家権力との間に立つ独立した調停者でなければならぬという意味をもっており、このことは、憲法裁判所が邦の機関でない場合にのみ可能となる。そして、スイスの場合、具体的な歴史的状況という観点から、連邦の裁判所が担うべきものとされた。すなわち、スイスは連邦国家であり、またしたがって、連邦裁判所は、連邦の一機関として、個人について邦の国家権力から権利を保護する必要を充たすことができるからである。その場合、このような憲法裁判を担う連邦裁判所は、いわば真正の連邦裁判所として、すなわち、特別に連邦国家の性質から導かれる裁判所として、またそれゆえ、一個の連邦国家的制度として登場するのである。<sup>(19)</sup>

(三) ただし、一八四八年憲法については、次の点で、真の憲法裁判権を語ることをなおも慎まなければならない。すなわち、邦官庁による連邦憲法上の権利の侵害を理由とする市民の訴えについて、連邦裁判所は、連邦議会が連邦裁判所に委託した場合にのみこれを審理することができたのであって、連邦裁判所への直接の訴願は排除されていた。連邦裁判所の憲法裁判権は例外にすぎず、原則ではなかったのであり、その意味で、連邦裁判所が邦国家権力についての控訴審となることは阻止されていた。純粹に非政治的とみなされた問題だけが、政治的官庁から

裁判所に移譲されうる可能性が開かれていたにすぎないのである。<sup>(20)</sup> ここで示されているものは、連邦憲法の解釈、またとりわけ、連邦憲法上の権利の実現を論じる場合必ず問題になる憲法の更なる形成の課題を政治的官庁に委ねようとする努力である。裁判所は、当時確信されていたところによれば、そうした法創造行為には適さないとされたのである。<sup>(21)</sup> 法治国家理念にもとづく憲法裁判権の理念が、その実現の局面において、民主主義原理の放射によって抑制された、ともいえよう。

別言すれば、ここでみられるものは、主権を有する国民の代理人としての、またそれゆえに最高の国家機関としての国民代表議會は、連邦憲法の更なる展開の内容を決定すべきであるという、いわゆる立法国家 (Gesetzgebungsstaat) の自己表現である。一八四八年憲法一〇五条は、たしかに連邦裁判所の憲法裁判権を上述の範囲で採用したのであるが、それは、委託条項をとおして、この憲法裁判権の実効性を剝奪してしまうことを可能にするものであった。事実、この憲法の施行の時期には、連邦裁判所の憲法裁判権は、その実際上の意味を何ら獲得することができなかった。<sup>(22)</sup> 一八七四年までに、連邦議會が憲法上の権利の侵害を理由とする訴えを連邦裁判所に委託したのは、わずか一度にすぎない。<sup>(23)</sup>

(四) 以上にみたように、連邦憲法上の権利侵害にもとづく個人訴願は、原則として政治的官庁の扱うところであった。それゆえ、連邦憲法の保障する権利の「番人」(Hüter) は、政治的官庁であり、また、この政治的官庁の判決権限は、連邦憲法五条(「連邦は、邦に対し、その領土、第三条による制限内でのその主権、その憲法、国民の自由と権利、および、国民が官庁に委ねた権利および権限、また同様に、市民の憲法上の権利を、それぞれ保障する。」)による市民の権利と自由の擁護の実践的執行のためのものである、とみなされていた。そして、この憲法上の権利の侵害を理由とする訴願を扱う政治的官庁は、通例、第一審は連邦参事会(内閣)、第二審は連邦議會が連邦裁判所に委託しない限りは連邦議會、となったのである。<sup>(24)</sup>

しかし、政治的官庁が時の経過の中で発展させてきた訴願実例は、憲法上の権利の保護にとってこのシステムが不十分であることを、間もなく際立たせることとなった。つまり、實際上、憲法上の権利の侵害を理由とする訴願で、純粹に法的な問題である以上により政治的な問題であるものは少なく、多くは、連邦裁判所の方が連邦参事会や連邦議會よりもよく判定しうることが判明したのである。加えて、政治的な連邦官庁の組織が裁判に適さないことも知られるに至った。連邦参事会では、憲法訴願の審理は、司法省の提案に即して簡略になされてしまう。また、連邦議會は、裁判官の共同体としてはサイズが大きすぎ、かつ、二院制が裁判には妨げとなり、両院が一致しえなかった場合には訴えは棄却されざるをえないことになる。しかも、連邦参事会と連邦議會の決定の際には、政治的動機と邦への顧慮が、当然に大きな役割を演ずる。それゆえ、政治的連邦官庁は、独立の憲法裁判権のための十分な保障を何ら提供するものでなく、すでに、当時の法文献は、権力分立の原則を引き合いに出して、憲法上の権利保障システムを一致して批判していたのである。連邦議會においても、国民院（下院。Nationalrat）では一八五七年、全邦院（上院。Ständerat）では六三年に、連邦憲法違反を理由とした訴願について、連邦裁判所の利益に沿う形で政治的連邦官庁の権限を縮小する提案が出されたが、ひとまずは結実しなかった。憲法上の権利の保護制度の改革を求めるこうした願望は、一八七四年の憲法全面改正によつてはじめて本物になったのである。<sup>(25)</sup>

### 三 一八七四年全面改正憲法によるスイス違憲審査制の成立

(一) スイス憲法訴訟制度は、一八七四年に全面改正された現行連邦憲法において誕生したとされる。その経過を辿るに先立って、連邦憲法の全面改正動向それ自体を点描しておこう。

一八四八年憲法は、スイスに連邦国家をもたらしたものであったが、強力な連邦の創出という点でも、国民の政治参

加にかんしても、十分な達成がみられないまま、当時の各勢力の妥協にもとづいて成立したという側面をもっていた。各邦における民主化運動は、四八年憲法制定後も進展し、とくに一八六〇年代に至ると連邦の体制自体の改革をも要求するところとなり、一八七〇年代に入って、連邦憲法の改正は必須の状況となった。

こうしたなかで、連邦議会の多数派である改革派リ自由主義者は、一八七一年から七二年にかけて、憲法改正案をつくりあげた。それは、連邦権限の強化、とくに民・刑事法の統一と学校法の一部の統一を定め、法律イニシアティブおよび法律レファレンダムを導入し、ジェスイット（イエズス会）禁止を強化しようとするものであった。これは、カトリック諸邦とフランス語諸邦の反対連合によって、一八七二年五月一二日の国民投票において僅差で否決された。この結果を受けて、改革派は、集権的色彩を大幅に緩和し、かつ、国民投票制の拡大を法律レファレンダムに限ることにしてフランス語圏との妥協をはかる一方、カトリック諸邦に対して對抗的姿勢を継続するという内容をもった、二度目の草案を国民と邦に諮った。そこで、カトリックだけが反対派として孤立し、この草案は、国民については三四万の賛成・一九万八千の反対、邦については一四邦と一つの半邦の賛成・七邦と一つの半邦の反対という圧倒的多数で採択され、五月二九日に連邦議会により新憲法として公布され発効をみている。これが、現行の「一八七四年五月二九日のスイス誓約者同盟の連邦憲法」(Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874) である。

憲法裁判権をめぐる<sup>(26)</sup>は、次のような歩みが刻まれている。まず、連邦参事会が、一八七〇年六月七日の連邦参事会報告の中で、一八四八年憲法一〇五条について、次の改正提案を行なった。すなわち、憲法上の権利侵害事件についての審判は、通例は政治的官庁の権限に属するとの基本を維持しつつ、連邦裁判所の権限に属すべき事項を、連邦議会が個別的に決定するのではなく、連邦法律によって予め定めておくべきであるとして、「連邦裁判所は、さらに、憲法上の権利、および協約(Konkordat)<sup>(27)</sup>の規定の侵害についても、当該訴えが連邦法律によつて連邦裁判所にその判決を委託された場合に、裁判する。」との草案を提示したものである。ここにいう連邦法律によつて連邦裁判所に委託されるべき事項として連邦参事会が挙げたものは、裁判管轄をめぐる争訟、拘禁についての

処理、裁判所判決の執行力についての処理、手続事案における協約の不当解釈をめぐる訴えなどであり、逆に、法関係がなお薄弱な訴訟事件は連邦裁判所に委譲されない、としていた。その理由とするところは、前述と同様、法の創造は裁判官の機能に属さず、裁判官はただ法の適用のみにあたる、というにあった。この連邦参事会提案については、国民院・全邦院の双方の委員会ともこの提案に賛成したが、そのうち全邦院の委員会は、「および外国との条約 (Staatsvertrag)」という文言を挿入することを付帯事項として決議した。

その後、国民院において、連邦参事会閣僚のヤコブ・デュブ (Jakob Dubs) が、次の条文を提案した。<sup>(28)</sup> 「連邦裁判所は、さらに、国法的性格を有する邦間の争議、連邦権力と邦権力の間の権限争議、市民の憲法上の権利および連邦協約ならびに外国との条約の規定の侵害、以上のそれぞれについて、当該訴えが連邦法律によって連邦参事会または連邦議會に決定を求めるべく委託されない限り、判決する。」というのがそれである。この提案の趣旨は、連邦裁判所が、当該訴えが連邦法律によって連邦参事会ないし連邦議會の決定に委ねられない限り、市民の憲法上の権利の侵害ならびに国家条約および協約の侵害についての判断権限を有することを明らかにするとともにあった。その後、この提案は両院によって受容された。こうして、一八七四年連邦憲法の連邦裁判所の憲法裁判権にかんする次の現行規定が成立したのである。

### 第一一三条

① 連邦裁判所は、さらに、左の事項につき判決する。

.....

3. 市民の憲法上の権利の侵害にかんする訴えならびに協約および条約の侵害を理由とする私人の訴え。

② 連邦法律により詳細に確定されるべき行政上の争訟は、これを留保する。

このようにして、一八七四年連邦憲法においては、憲法訴訟についての連邦裁判所の権限は、一八四八年憲法と



は逆に、今や原則となり、政治的官庁の憲法裁判権は例外となったのである。<sup>(29)</sup>「スイス憲法裁判の誕生の時が、ここに印された」<sup>(30)</sup>

(二) ただ、右の条文にあつては、政治的官庁の管轄する事項が連邦法律に広範に留保されていることを看過してはならない。すなわち、今日でもなお、憲法裁判権のすべてが連邦裁判所に帰属しているわけではなく、連邦立法者は、まさに憲法規定にもとづいて、行政上の争訟とみなした訴えを政治的連邦官庁の裁定に留保する権限を有しているのである。<sup>(31)</sup>

右の連邦憲法一一三条二項にもとづいて一八七四年六月二七日に制定された連邦訴訟の組織にかんする法律〔裁判構成法〕においては、留保された争訟は、「行政争訟」に格付けされ、第一審は連邦参事会、第二審は連邦議會に係属するところとされた。そして、具体的には、軍人の武装の無償、邦の学校制度、取引および営業の自由、アルコール飲料への消費税と搬入手数料、居住制度、礼拝の自由および信仰ならびに良心の自由、ジェスイット教団の禁止、市民権および埋葬制度にかんする訴え、ならびに、選挙および投票訴訟が、連邦参事会と連邦議會にとどめられるべきものとされていた。<sup>(32)</sup>

このように、政治的連邦官庁は、自己の観点からすればなお十分には実定化されていないとみなされる憲法上の権利の保護の課題を、自己に留保している。そこでは、憲法の法原則の実定化は、今日でもなお、最終的には、主権的国民の代表者としての連邦議會の権限とされるべきである、とされている。つまり、国家における「最後の言葉」は、国家的基本秩序の更なる展開を論じる限り、国民の権利を留保して、立法者がこれを有するべきである、と考えられている。結局、「立法国家は、ここにもその具体的な姿を現わしている」<sup>(33)</sup>のである。

その後、裁判構成法の改正をとおして、「行政争訟」とされているものの範囲は、逐次縮減されていく。<sup>(34)</sup>この過程が、現行一八七四年憲法上のスイス違憲審査制の展開を彩ることになるが、それは、「連邦立法者が、もとは政

治的連邦官庁の包括的権限であつたものを、この政治的官庁の領域から一步また一步と連邦裁判所の領域に移したのは、国法における新しい進歩の最良の獲得物である<sup>(35)</sup>と、つとに高く評価されているところである。——これ以降、スイス違憲審査制の本格的展開がみられるのである。

### むすびにかえて

以上、本稿は、スイス連邦における違憲立法審査制度について、その歴史的考察を、対象を前史から成立時点までの期間に限定して、試みた。そこから何よりも指摘できることは、この制度がスイス憲法史の具体的状況の中で成立したものであることである。すなわち、法治国家的要請に沿うこの制度は、市民の権利を違憲の国家行為から裁判機関により保護するシステムを範型とするものとして認識・構想されてきたわけであるが、それに先行するヘルヴェティア共和国期のフランスをモデルとした制度は全く受け容れられることなく、逆に、極めてスイス固有の特徴を伴いつつ右の範型が徐々に形成されたわけである。

その特徴を二つにしぼるなら、ひとつは、スイスの制度が、今日に至るまで一貫して、邦の国家行為のみを問題にし、連邦のそれを審査対象から除いている点である。これは、一面で、連邦が市民の権利の擁護者としての役割をもつものとして創設されたことによるが、同時に他面で、スイス憲法訴訟制度が邦に対する連邦統制の役割を担う、一個の連邦国家的制度であることを示している。

もうひとつは、一八四八年憲法では、連邦裁判所の審査は連邦議会による委託があつた場合に限られ、また、邦についても審査対象とされる国家行為から立法行為が除外されていたこと、そして、一八七四年憲法でも、今日に至るまで、行政上の争訟とされる一定の事項がなお政治的官庁の裁定に委ねられていることである。ここには、国<sup>(36)</sup>

民代表議会優位の権力分立制観が貫かれており、本文でもふれた「立法国家の自己表現」が見出されるのである。

——これをふまえて、この後の作業は、制度成立期における英米法の思想および実例の影響の検討へと進み、また他方、成立後の制度の展開史にも分け入ることになる。

## 註

- (1) 「集中型」・「非集中型」の特徴については、cf. Cappelletti, Mauro: *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis 1971. 邦訳『マウロ・カペレティ著／谷口安平・佐藤幸治訳『現代憲法裁判論』(有斐閣・一九七四年)とくじ七二頁以下。
- (2) これにかんするやや詳細な検討は、さしあたり、私の「違憲審査制の諸類型における『スイス型』」(一)・(四)・完、南山法学二巻四号・四巻三号(一九七九年・八一年)で行なっている。
- (3) スイス国制史の概観については、私の『現代スイス憲法』(法律文化社・一九八九年)第一部第一章に拠る。本文では字下がりの小字で示した。
- (4) ヘルヴェティア共和国期の動向については、主として、Giacometti, Zaccaria: *Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichtes (Die staatsrechtliche Beschwerde)*, Zürich 1933, S. 45 f. 以下、Huber, Hans: *Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte*, in: ZSR NF 55 (1936) 33a, Schuler, Andrea Hans: *Die Verfassungsbeschwerde in der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich*, Zürich 1968, S. 45 を参照せよ。
- (5) 以下を強調する。z.B. Giacometti; *a. a. O.*, S. 28.
- (6) Giacometti; *a. a. O.*, S. 28.
- (7) Vgl. Schuler; *a. a. O.*, S. 45.
- (8) Vgl. Giacometti; *a. a. O.*, S. 29, Schuler; *a. a. O.*, S. 46.
- (9) Vgl. Giacometti; *a. a. O.*, S. 30.
- (10) Schuler; *a. a. O.*, S. 47.
- (11) Giacometti; *a. a. O.*, S. 30.
- (12) Vgl. Giacometti; *a. a. O.*, S. 31, Schuler; *a. a. O.*, S. 47.

- (13) Vgl. Schuler; *a. a. O.*, S. 47.
- (14) Giacometti; *a. a. O.*, S. 32.
- (15) Vgl. Giacometti, *a. a. O.*, S. 32 f.
- (16) Vgl. Burchardt, Walther; *Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, 3. Aufl. Bern 1931, S. 847.
- (17) Giacometti; *a. a. O.*, S. 33.
- (18) Giacometti; *a. a. O.*, S. 34.
- (19) Giacometti; *a. a. O.*, S. 34 f.
- (20) Vgl. Schuler; *a. a. O.*, S. 28.
- (21) 一論者は「一八四八年憲法一〇五条を支える法思想について次のように述べている。——「この規定は、とりわけ、基本権はその解釈と適用を裁判所に委ねるには規範的に脆弱に過ぎる、すなわち、裁判官は、法を創造することなく所与の法を適用する」ことを任務とするものであって、基本権の法創造的な更なる形成は、最終的には連邦議会の排他的権限に属するところの政治的課題である」との思想の中にその根拠を見出しつゝ云々」(Kälin, Walter; *Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde*, Bern 1984, S. 28.)
- (22) Giacometti; *a. a. O.*, S. 35.
- (23) 一八四八年から一八七四年までの間に連邦議会が連邦裁判所に委託したものの数、ヒュプフ事件 (Urteil vom 3. 7. 1862 in Sachen Dupré) 1 件に8件<sup>9</sup> Vgl. z. B. Kaufmann, Otto Konstantin; *Verfassungsgerichtsbarkeit 1875–1974–19...?* ZSR NF 93 I, 1974, S. 340.
- (24) Giacometti; *a. a. O.*, S. 37.
- (25) Giacometti; *a. a. O.*, S. 37 f.
- (26) Vgl. Giacometti; *a. a. O.*, S. 38 f.
- (27) この草案に「37条」を参照し、Burchardt; *a. a. O.*, S. 848.
- (28) Vgl. Burchardt; *a. a. O.*, S. 39.
- (29) Giacometti; *a. a. O.*, S. 39.
- (30) Schuler; *a. a. O.*, S. 49.

- (31) Giacometti; *a. a. O.*, 39.
- (32) Vgl. Kählin; *a. a. O.*, S. 30, Schuler; *a. a. O.*, S. 49.
- (33) Giacometti; *a. a. O.*, S. 40.
- (34) その後の経過を摘示するなら、次のごとくである。――まず、一八九三年五月二三日の裁判構成法改正によって、連邦裁判所に、居住の自由と信仰ならびに良心および礼拝の自由にかんする訴えの裁判が委託された。また、一九一一年一〇月六日の同法改正によって、取引および営業の自由の侵害を理由とする訴え、投票権訴訟ならびに邦の選挙および投票にかんする訴えがそれに加わった。今日では、連邦参事会は、軍人の武装の無償（連邦憲法一八条三項）、邦の学校制度（同二七条二項・三項）および適法な埋葬の請求権（同五三条二項）の侵害を理由とする訴えだけを、なおも裁定している。Vgl. Kählin; *a. a. O.*, S. 40.
- (35) Fleiner, Fritz / Giacometti, Zaccaria; *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich 1965, S. 882.
- (36) これについては「国法訴訟の処理にかんする憲法レベルでの終局的な権限配分の断念は、少なくともこの分野にかんしては厳格な権力分立モデルを自覚的に断念したことをも意味する」（Kählin; *a. a. O.*, S. 29）といえよう。

追記 本研究は、南山大学パツへ研究奨励金（特定研究助成）I－Aの交付を受けて行なったものである。記して謝意を表したい。